Baxhhon y agrauios 2 15

✠

POR
D. ANA MARIA
CORREA DE ZARATE,
Nieta y heredera del Iurado Sebastian Correa difuncto.

SOBRE

La particion de sus bienes con el Doctor Don Sebastian, y Don Luys Correa, Veinte y quatro desta Ciudad.

N.1. AVIENDOSE presentado esta particion por el Contador D. Diego de Cuellar Velazquez, Abogado en esta Real Audiencia, se ha dicho de agrauios por todas las partes, y especialmente se han agrauiado los dichos Don Luys, y Don Sebastian, de auer declarado en la particion el dicho Don Diego, que no tiene obligacion de conferir la dicha Doña Ana, ni imputar en su legitima lo que Dõ Antonio Correa su padre recibiò del dicho Iurado, porque el dicho D. Antonio premuriò sin dexar bienes algunos, y no es su heredera la dicha Doña Ana su hija, ni lo quiere ser.

2 Tambien ha formado agrauio el dicho Don Sebastiã, de auerle imputado en su legitima lo que el dicho Iurado le entregô, conforme a la quenta q̃ en su Testamento forma con el dicho Don Sebastian, especialmẽte los 11U. Pesos que se gastaron en traer las Bulas para ciertos Beneficios, porque estos gastos no son conferibles.

3 Y tambien se agrauia el dicho Don Luys, de imputarle en su legitima los gastos que hizo con el dicho Iurado

A su

su padre; conforme a la quenta que forma en su Testamento, especialmente los gastos hechos en recebir por Veinte y quatro a el dicho Don Luys; porque estos tampoco son conferibles.

4 Por parte de la dicha Doña Ana se expressan diferentes agrauios, que vnos y otros pondremos aqui por menor.

PRIMERO AGRAVIO

De los que expressan Don Sebastian, y Don Luys Correa.

5 NO auer traido à colaciō la dicha Doña Ana lo que Don Antonio Correa su padre recibiò, in quo partem negatiuam defensamus, id est, q̄ la dicha Doña Ana Maria liber est à prædicta collatione.

6 Este agrauio como mas principal, y sobre que las otras partes han informado en Derecho; diuidiremos en dos Conclusiones. En la primera procuraremos fundar, que Doña Ana Maria no tiene obligacion de conferir lo que su padre recibiò.

7 Y en la segunda, à fortiori, que aunque el mesmo Don Antonio viuiera, etiam liber esset à prædicta collatione.

Prima Conclusio.

8 TRactamus enim de quæstione admodum difficili; & quæ Bartulo noctes insomnes duxerit, vt ipse testatur in l. in quartā. ff. ad leg. falcid. sed vt cū Thesauro dicam, decis. 237. num. 2. iudicio meo disputatio hæc potiùs intricata, quàm difficilis, separatis enim casibus, veritas, & difficultas in paucis consistet.

9 Ad veritatem enim huius quæstionis indagandam, duo casus distinguendi sunt.

10 El primero es, quando la dote, ò donaciō propter nuptias que recibiò el padre, peruenit ad nepotem, aut totum integrum, aut partē eius; y entonces quatenus nepos accepit, licèt titulo hæreditario sit, tenetur imputare: y aūque en esto ha auido encōtradas opiniones entre los DD. desta manera

manera està entendida comunmente la ley illam. C. de collat.

11 El segundo caso (que es el de este pleyto) es, quando el hijo que recibiò la dote, ò donacion propter nuptias premuriò a el padre sin dexar bienes algunos, antes consumido y gastado illud quod accepit, mortuo verò patre, el nieto filius filij præmortui, quiere heredar los bienes del abuelo en concurso de sus tios hermanos de su padre, & dicti patrui volunt, que el nieto cōfiera lo que su padre recibiò: nepos verò se excusat, ex eo quod repudiauit hæreditatem paternam, & ad eum nihil peruenit de recepto à patre, specialiter quia consumptū est, & nihil adest tempore mortis aui, itaque succedit nepos auo ex propria persona, non verò patris, neque eum repræsentado.

12 Y en este caso es la comun opinion de todos, q̄ el nieto no tiene obligacion de conferir lo que su padre recibiò: quia nepos non tenetur nisi quatenus ad eum peruenit; Salcedo de repræsentatione, lib. 2. cap. 16. num. 103. 104. 105. Antonius Faber de coniecturis, lib. 13. cap. 10. 11. & 13. Flores de Mena in additionibus ad Gamam, decis. 33. ibi: *Quàm tamen cum Cumano limitarem, nisi nepos nihil consequeretur de illa dote, quia consumpta, vel ex alijs bonis matris, tunc enim ex æquitate etiam si succederet cum patruis, nihil deberet imputare, maximè repudiando hæreditatem: imò credo quod etiam de rigore, nam iam quod succedat repræsentando personam matris, succedit ex propria persona, & non vt hæres matris, nec præcisè ex persona matris, & sic non tenetur eius debita soluere, vt cōclusit Auēdaño in. l. 40. Tauri, glos. 17. num. 31. & contrarium nullo iure probatur*, Antonius Gomez in. l. 22. Taur. numero 10. ibi: *Quod tamen notabiliter deberet intelligi quando filius, vel filia, quæ renuntiauit cum iuramento, nihil percepit à patre, vel matre: vel si recepit, reperitur consumptum, & non peruenit ad nepotem eius, vel descendentem.* Petrus Surdus cons. 133. numero 16. Hermosilla, qui multis relatis idem tenet in glos. 6. l. 3. tit. 4. p. 5. num. 33. ibi: *Aut dos consumpta est, & tunc nepotibus in legitimam non est imputanda, nec ad collationem illam afferre debet*: tenet etiam Aluarus Valascus in praxi partitionum, cap. 13. num. 62. y dize, que en el Senado de Portugal se determinò assi: y es de ponderar mucho, q̄ en aquel Reyno

ay,

ay Ordenança que dispone (segun el mesmo Valasco refiere) que las hijas traygan a colacion la dote, aunque se halle consumida al tiempo de la colacion, ibi: *Est & alius casus in quo nepotes non conferunt succedentes auo cum patruis, vel amitis, videlicet quando auus dedit filio, vel filiæ dotem, vel donationem propter nuptias, & talis filius, vel filia dotem, vel donationem consumpsit, & mortuus est in vita patris dotantis, & nepos, qui ex tali filio mansit abstinuit se ab eius hæreditate, & quoniam moritur auus vult esse hæres eius, & contra eum opponunt patrui, vel amitæ, quod si vult esse hæres conferat bona, quæ auus dedit patri suo, ipse autem nepos se excusat à collatione, allegans se non teneri illa conferre, quia non est hæres patris sui, nec aliquid habet ab auo per se, nec ex persona patris sui, & quod ideò liber est ab obligatione aliquid conferendi, quia agitur solùm de hæreditate eius à quo nihil habet, & non fit collatio nisi in hæreditate eius â quo filius, vel nepos aliquid habet, vt in allegatione l. vt liberis, & omnes in l. illam. C. de collat. post Bartolum in. l. 1. §. sed et si fit. ff. de collat. dotis, & ita in facto vidi iudicatum in Senatu in proposita specie cum tamen videretur contrarium, quia nepos non debuit esse melioris conditionis quâm pater eius, qui etiam si dotem consumpsisset, nihilominus illam conferre teneretur, iuxta ordinationem lib. 4. tit. 77. §. 12. cum veniat per mediũ patris, & eum repræsentando, §. cum filius, Insti. de hæreditatib. quæ abintestat. deferunt. Sed hæc ratio non obtinuit, ex eo quod nepos repudiauit hæreditatem patris, quod potuit facere, vnde iam venit ex persona propria, & præterea nihil habuit, nec ad eum peruenit mediatè, nec immediatè ex bonis defuncti, vnde cessat æquitas collationis.* Tenet etiam Molino de ritu nuptiarum, quæst. 84. num. 11. Merlino in suis controuersijs forensibus, num. 7. el señor Rodrigo Suarez in repetitione. l. quoniam in prioribus, in declaratione legis Regni, à num. 5. vsque ad 10. Y assi nõ es dudable q̃ el nieto solo està obligado, quatenus ad eũ peruenit amota distinctione, que algunos Doctores hazẽ inter tener la dote los nietos como profecticia de los bienes del abuelo: iuxta textũ in. l. dos à patre. ff. solut. matrim. porq̃ muerta la madre, dos reuertebatur ad auum dotantem, aut titulo hæreditario matris, iuxta cõsuetudinẽ Martini, iuxta quã aũque el matrimonio se dissoluiera, dos remanebat apud maritũ fauore filiorũ, & filia mortua habebãt nepotes illã

titulo

titulo hæreditario matris: ita cum Bartulo, & Baldo tenet Thesaurus decis. 234. nu. 4. & 6. Merlino de legitima, lib. 2. tit. 2. quæst. 13. Barbosa in l. post dotem 51. num. 41. ff. solut. matrim. Mangilius de imputationibus, quæst. 18. num. 20. concordando la opiniõ de Bartulo y Baldo, ibi: *Primo limita, vt procedat vbi nepotes habent dotem virtute consuetudinis vt nepotes: secus tamen si eam habeant vt hæredes matris, quia tunc non tenentur imputare, & fuit sententia Bartoli in dict. l. in quartam, num. 12.* Y pone là razon de diferencia que en este caso ay, entre el nieto y la hija, quæ tamẽ si viueret, teneretur conferre, ibi: *Et reprobat aliquorum argumentũ qui asserunt, quod filius esse non debet melioris conditionis quàm mater, quia secundum eum non est inconueniens: ex quo alia est ratio in filia, alia in nepote, etenim filia ideô imputat, quia immediatè habet à patre; nepos verò non habet immediatê ab auo, sed â matre, &c.*

13 Y esto procede con menos duda, quando no se trata de dote conferenda que el padre dio a su hija, sino de bonis habitis à patre que el hijo consumiò, prout in nostro casu: porque en la dote, demas de la obligacion legal que el padre tiene de dotar la hija, concurre que el nieto aliquantulum vtilitatis habuit ex illa dote, licêt consumpta sit, quia causam dedit matrimonio, ex quo nepos procreatus fuit; itaque amissio dotis non obstat, sed in eo quod pater filio dedit, nepos nihil interfuit, potius esset damni si cogeretur conferre id quod ad eum non peruenit, & auus imputet sibi, que anticipò la legitima, nulla cogente necessitate.

14 Y esta diferencia entre la dote y los otros bienes dados a el hijo, la constituye Antonio Fabro de coniecturis, dict. lib. 13. cap. 13. in fine, donde auiẽdo resuelto, que si la madre renunciò la herencia del padre mediante la dote que recibiò, & præmortua fuit, el nieto tendrà obligacion de conferirla: limita esta opiniõ in bonis habitis â patre, ibi: *Planè si quæratur de bonis habitis à patre consumptis, veriùs puto non debere illa imputari in legitimam nepotis.*

15 Este lugar es muy en terminos para este pleyto, donde no se trata de dote conferenda, sino de alijs bonis habitis à patre, que consumio el dicho Don Antonio, los quales se pretende q̃ confiera y impute en su legitima su hija la dicha D. Ana, sin auer llegado a su poder vtil alguno dellos, ni

ser

ser como no es heredera de su padre, ni representar su persona.

16 Y aunque el nieto viene a heredar a su abuelo per medium patris, no tiene necessidad de representar su persona, ni ser su heredero, potiùs ex eo quod repudiauit hæreditatem patris, succedit auo, ex proprio capite, & ex propria persona, non verò patris: y assi el hijo solo sucede en el lugar y grado que ocupaua su padre, quo subducto de medio in eius locum subintrat filius. Y no es buena consequencia que porque suceda en el lugar y grado de su padre, ex eius persona succedat, porque la sucessiõ se la difiere la ley a el nieto a quiẽ se le debe legitima, y es segundo heredero del abuelo, y el hijo es primero: itaque mortuo primo, secundus subintrat locum primi, & tunc iam succedit ex propria persona. Quod benè intelligitur hac distinctione.

17 De dos maneras sucede vno en lugar de otro, aut per priuationem, aut per transmissionem. Primo modo per priuationem, es quando el que precedia en grado premuriô, como en el caso deste pleyto, & tunc secundus in gradu succedit in locũ primi quoad gradum. Quoad hæreditatem verò succedit ex propria persona, quia amotum de medio fuit impedimẽtum quod obstabat: itaque secundo modo quando quis succedit per transmissionem, succedit ex capite alterius, & nocet ei factum primi: ita cum Bartulo, & Baldo eleganter docet Salcedo de repræsentat. lib. 2. cap. 16. num. 99. & 100. ibi: *Septimo fundamento satisfit, negando consequentiam illam, intrat locum & gradum renunciantis: ergo succedit ex illius persona. Potest enim filius intrare locum patris, & ex propria persona succedere, nam hoc ipso quod in matris locum succedat, à lege non à matre filius habet, & ideô non dicitur venire ex persona matris, nec pactum matris ei potest nocere: vt in proposito respondit Bartol. in. l. qui superstitis, num. 2. versic. Adverte siquidem. ff. de acquirenda hæredit. & dicit idem Bartol. in l. 1. §. si sit nepos, collat. 1. versic. Vnde prima solutio. ff. de collatione dotis, quod filius succedit in locum, id est, in gradum matris, non tamen succedit in personam matris, sed ex propria: idem formaliter dixit Bart. in. l. 1. §. si sit filius, vers. Sed mihi non placet. ff. de coniungendis cum emancip. liber. eius, & dicit Baldus in. l. 2. num. 4. C. de liber. præterit. quod duobus modis dicitur quis in alterius*

locum

locum succedere: primò, per priuationem: secundò, per transmissionem. Primo modo succedit quis in locum alterius ex propria tamen persona, amoto impedimento quod ei obstabat, quomodo succedit secundus hæres mortuo primo, nec tamen ei nocet factum primi. Et sic debet intelligi in nostro casu. Secundo vero casu nocet factum primi secundo. Tenet etiam latè Anton. Faber in disputationibus foréssibus, & in dicto lib. 13. de coniecturis, cap. 13. equiparando el caso en que el nieto sucede a su abuelo en cócurso de otros nietos, ô de sus tios, qui gradu proximiores sunt: porque quomodocumque sit, el nieto no representa a la persona de su padre, sino el grado y el lugar que ocupaua, y por esso succedunt in stirpem, porque no ocupan mas que el lugar que preocupaua el padre, pero no con las mesmas calidades: quia eo ipso que el nieto se halla in eodem loco, ex sui persona succedit auo por el edicto sucessorio, y assi la herencia se la difiere la ley y el grado el padre: y esta es la razon porque los nietos aunque concurran con otros suceden in stirpem, & non in capita, quod aliàs esset, si fuera la razon desto el cócurrir con el tio, qui gradu proximior est, pues no procede entre los nietos, qui æquales in gradu sunt, Petrus Surd. idem tenet multis relatis, cons. 133. num. 25. etiam Antonius Gomez in l. 22. Taur. numero 10. ibi: *Sed substinendo communem potest dici, quod talis nepos, vel descendens non succedit ex persona patris defuncti, sed ex persona propria, licèt repræsentatiuè, & subrogatiuè in locum, & gradum patris per locum à remotione, seu priuatione eius, non verò in eadem parte, & portione vnde assumit sibi locum, & gradum, quæ inuenit vacantem, non verò materiam, vel portionem iam extinctã, & repudiatã.* Flores de Mena in loco supra citato in additionib. ad Gam. decis. 33. Molino de ritu nuptiarum, quæst. 84. nu. 11. Cancerius 3. parte variarum, cap. 15. ex nu. 44. Peguera decis. 65. nu. 2. Franquis decis. 67. & multi alij quos longa manu congessit Hermosilla in glos. 6. l. 3. tit. 4. p. 5. numero 74. Merlino in controuersijs, cap. 11. num. 17.

18 Quibus præmissis benè infertur, que la dicha Doña Ana es heredera de su abuelo por su propria persona, sin representar la de su padre, sino solo el grado y lugar q̃ preocupaua, quo subducto de medio subintrauit nepos, porque la sucession se la difiere la ley por el edicto sucessorio, itaque

e i non nocet factum primi, id est, patris sui, neque tenetur eius debita soluere, neque ad collationem, mayormente no auiendo llegado a poder de la dicha Doña Ana nada de lo q̃ se supone auer recibido su padre el dicho D. Antonio.

Secunda Conclusio.

19 EN esta Conclusion se ha de procurar fundar â fortiori, que aunque el mismo Don Antonio viuiera y heredara a el Iurado Sebastian Correa su padre, etiam liber esset à prędicta collatione, ex eo quod reperitur consumptum sine eius culpa & dolo, quod à parente accepit, & nō fit collatio nisi de illo, quod adest tēpore patris defuncti.

20 Et in primis hæc Conclusio probatur por el texto capital in Auth, quod locum habet. C. de collat. que vino à limitar la l. ~~vt liberis~~ del mesmo titulo, que dispone, que las hijas traygan a colacion la dote que recibieron de sus padres: porque esto se ha de entender hallandose en ser la la dote: pero si estuuiere consumida sin dolo ni culpa de la muger, y el marido la huuiera consumido y perdido, no tēdrà obligacion de conferirla por la disposicion de la dicha Authentica, ibi: *His cessantibus, solam actionem, licèt inanem, conferens partem ex hæreditate feret.* De manera que solo tendrà obligacion de conferir la accion inane contra el marido, y con esso lleuarà entera legitima en los bienes del padre: y por este texto resuelue lo mesmo Ayorà de partit. 3. part. quæst. 14. num. 49. ibi: *Item, se ha de limitar lo arriba dicho, en quanto diximos que la hija ha de traer a colacion y particion la dote que le dio su padre, porque en algunos casos no seria obligada la hija a traer a particion la dote que ouiesse recebido, el vno es si la ouiesse perdido el marido sin culpa de la muger; que entonces no seria obligada la hija a traer la dote a colacion y particion.* Idem tenet Castillo in l. 29. Taur. à num. 41. & in num. 43. ibi: *Nec obstat vt supra dixi, quod æqualitas in materia ista collationis debet attendi, quia intelligitur si bona reperiuntur tempore mortis defuncti, sed si sint consumpta sine dolo & culpa, cessat collatio.* Muñoz de Escobar de computationibus, omnino videndus, tom. 2. cap. 18. num. 5. Afflictis, qui ita testatur iudicatum

fuisse

fuisse in Neapolitano Senatu, decis. 247 num. 1. Baeça de non meliorandis ratione dotis filiab cap. 16. num. 34. tex. in. l. ea demũ. 6 C de collat. bonus textus in. l. 2. §. de illis, ff. de collat. bonor. ibi: *Et plerique putant ea quæ sine dolo & culpa perierunt, ad collationis ius non pertinere, & hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus Prætor boni viri arbitratu iubet bona conferre; vir autẽ bonus non sit arbitraturus conferendo id quod nec habet, neque dolo, neque culpa desijt habere.* Fontanella de pact. nuptial clausul. 4. glos. 1. num. 45 Robles de Salcedo de repræsentat. lib. 2. cap. 16. n. 103. Bartol. Bald. & Alex. in. l. si cum dotem. ff solut. matrim. quos & multos alios allegat Hermosilla in. l. 3. tit. 4. part. 5 glos 6. num. 68.

21 Ex quo deducitur, que si la hija perdio la dote, tendrà obligacion el padre à redotarla, sin atenderse a la primera dote que el padre constituyò: y esta es comun resolucion de los DD. vt multis relatis tenet Baeça in loco supra citato, nũ. 18. & 33. Authẽtica sed quamuis. C. de rei vxoriæ actione.

22 Hinc etiam est, que si el padre assignò y entregô en vida la legitima a el hijo, & absq; culpa & dolo eius cõsumpta fuit, habebit integram legitimam in bonis patris, & nihil conferret. Escobar, tenet ita in dict. cap. 18. numero. 8. ibi: *Rursus ex eo predicta sententia cõfirmatur, quia si pater assignauit, & tradidit filio legitimam in vita, & illa absq; culpa filij fuit deperdita, non imputatur filio in legitimam, sed adhuc integram legitimam, prout cæteri filij consequitur.* Hermosilla in dict. glos. 6. num. 68. ibi: *Si verô absque culpa filij legitima sibi debita deperdita fuit, ei datum nõ imputabitur in legitimam, sed adhûc integram legitimam prout cæteri filij consequetur.* Y estas doctrinas son originales de Bartulo, Alexan. y Bald. en la ley si cum dotem. §. 1. ff solut. matrim. Baeça in dict. cap. 16. nu. 18. donde auiendo resuelto, que el padre tenetur redotare filiæ, trae por sequencia el hijo que perdiò la legitima que su padre le entregô en vida, quo non obstante integram legitimam habebit in bonis patris.

23 De todo lo qual se induze bien, que si D. Antonio Correa viuiera, y heredara à su padre, no traeria a colacion lo que pareciesse auer recebido por quẽta de su legitima, por hallarse cõnsumido y perdido sin dolo ni culpa suya. Para

lo qual es de aduertir, que lo que le entregò su padre a el dicho D. Antonio (vt supponitur) fueron mercaderias para lleuar a Angola con especial orden, para nauegarlas, de el dicho su padre, y en execucion desta orden hizo el viage: y en los gastos de el, y en otros que se ocasionaron se consumiò el procedido de la dicha cargazon: esta no es culpa ni dolo, antes hizo lo que qualquier diligente padre de familias, y lo que en esta Ciudad comunmente se haze.

24 Como quiera que para que a el hijo se le impute en su legitima lo que recibiò, y se halla consumido, no basta qualquiera culpa, sino es necessario que aya culpa y dolo, vt probat tex in.l.2.§.de illis ff.de collat.dot. *Et plerique putant ea quæ sine dolo & culpa perierunt, ad collationis ius nõ pertinere.* Castillo in dict.l 25.de Tor.num.43.ibi: *Sed si sunt consumpta sine dolo & culpa, cessat collatio.* Baeça in dict. cap. 16.num.19.ibi: *Si modo dolo vel turpi culpa bona amissit.*

25 Y esta culpa y dolo regularmente no se presume, y el q̃ dixere que la ay, la debe probar, maxime fundandose en ella l.dolum C.de dolo. Menoch. de præsumpt. libro 5. præsumpt.3.num.25.ibi: *Regulariter culpa non præsumitur.* Mascard. de probationib. volum.1. conclus. 467. num.1. Et huius quidem sentẽtię ea est principalis ratio, quia culpa est delicti species, quod nunquam præsumitur.

26 Ergo maiori ratione, la dicha Doña Ana no tẽdra obligacion de conferir lo que su padre huuiere recebido, & ad eam non peruenit, quia neque hæres est patris sui, nec vult esse, & à parente consumptum fuit quod accepit: y aũque en la consumpcion huuiera tenido culpa el padre, a el hijo no se le puede imputar, quia filio nõ datur culpa eius quod pater fecit. Et conuincitur hoc magis, conque el dicho Don Antonio premurio a su padre, y assi la dicha Doña Ana sucede a su abuelo ex proprio capite. Y en estos terminos es de ponderar la regla 346. de Dueñas, donde auiendo lleuado por regla, que el hijo se priua del feudo por el delicto del padre, limita esto quando premuriò el hijo, y el feudo adhûc erat penes auum, porque entonces sucede el nieto en el feudo ex proprio capite, sin dañarle el delicto del padre, cuya doctrina es original de Bartulo en la .l. cum qui, ff.de interdict.& relegat.num.2.& in dict.regul.nu.6. ibi:

Limita

Limita sexto, quando patre delinquente fœudum apud auum erat adhûc: quia tunc si pater in vita aui de medio sublatus fuerit, vel per sententiam super offensa declaratus, & futuro succedendi iure priuatus, auo posteâ mortuo, patris delictum nepoti qui in locum ipso patre secluso successerat, nō nocebit. Et quod magis vrget, si a la muger no se le imputa la culpa del marido in amissione dotis, si ella mesma no la tuuo; mucho menos al hijo de lo que perdio el padre, cui minimè culpa, neque dolus dari potest.

RESPONDESE

A los Fundamentos del papel del Abogado contrario.

27 Licèt ex dictis iam eluceat satisfactio contrarijs fundamentis, attamen pro numeris nunc satisfaciemus.

28 Desde el num. 7. hasta el 10. pretende probar el Abogado cōtrario, que el nieto para suceder a su abuelo, tiene necessidad de representar la persona de su padre predefuncto: para lo qual se pondera, lo primero el .§. cum filius, Instit. de hereditat. quæ ab intestat. defer. en aquellas palabras: *Cum filius, filiavè, & ex altero filio, nepos vè pariter ad hæreditatem aui vocātur, nec qui gradu proximior est, vlteriorem excludit: æquum enim esse videtur nepotes, neptesque in patris sui locū succedere.*

29 Este texto confirma lo que se ha dicho, que es, que el nieto sucede en el grado y lugar de su padre, pero no en la persona: porque la razon de decidir fue, que el tio no excluyera a el sobrino por razon del grado en que se hallaua mas cercano, y por esso introduxo el Derecho la ficciō de la representacion para el grado, y esso dixo el Emperador en este .§. porque la succession iure sanguinis ya la tenia el nieto, y essa se la difiere la ley, y assi para el grado solo se pondera bien este texto, que es en lo que habla, non verò en la persona en que proceden las distinciones que emos dicho desde el num. 16.

30 En el num. 11. se pondera para el mesmo intēto la .l. 3. tit. 13. part. 6. ibi: *Y obran aquella parte de los bienes del abuelo*

que

que avria el padre dellos si viuiesse. Esta ley es concordante del §. cum filius, como el Abogado cõtrario dize, y assi se entiende tambien en el lugar y grado, y por ella no se induze nada de nueuo, porque la mesma disposicion auia por el Derecho comũ, que era, que los nietos lleuassen la mesma parte que sus padres si fueran viuos, pero esto con las limitaciones q̃ se han dicho, & ab specialibus nõ est arguendũ.

31 En el num. 12 se pondera la. l. 40 de Toro, y esta minus facit, porque habla en las sucessiones de Mayorazgos, y introduxo la representacion en los transuersales, y assi es lõgê distincta para nuestro caso.

32 Desde el num 14. vsque ad 16. se pondera la. l. illam. C. de collat. la qual està entendida por los DD. como se ha dicho en la primera Conclusiõ: demas de que este texto solo vino a obligar a los hijos, y a los nietos à que confieran lo que huuieren recebido, pero esto se entiende con las limitaciones que se han referido, y especialmente por el Authentica quod locum.

33 En el num. 17. se pondera la. l. 25. de Toro en aquellas palabras: *El tercio y quinto de mejoria fecho por el testador, no se saque de las dotes, ni de las otras donaciones que los hijos ò descendientes traxeren a particion.* Y este texto es cõtra la otra parte, porque no se niega que regularmente los hijos y los nietos tienen obligacion de conferir la dote que recibieron, y las donaciones propter nuptias, y que en estos casos no se sacara el tercio y quinto, pero nõ por esso dexara de auer otros en que no se confieran: y eo ipso que el Legislador vsô de aquellas palabras, *traxeren*, importat incertitudinẽ, & conditionem, y da a entender que algunas vezes los hijos y sus descendientes no confieren lo q̃ recibieron, y por esso no vsò de la palabra, *traen*, quæ importat certitudinẽ.

34 En el numero 28. se ponderan las palabras de la ley 29. Taur. ibi: *Quando algun hijo ò hija viniere a heredar, o partir los bienes de su padre, ò de su madre, ò de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos à traer à colacion y particion la dote y donacion propter nuptias, y las otras donaciones que huuiere recebido de aquel cuyos bienes vienen a heredar.*

35 Esta ley se pudiera ponderar mas bien por nuestra parte, porque la obligacion la impone a el hijo y su heredero, y

esta

esta calidad de heredero, falta en la dicha D. Ana, porque no es heredera de su padre, como se ha dicho: ergo à cōtrario sensu, el que no fuere heredero no tendrà obligacion de conferir: y aunque se quiere dar a entender que es lo mesmo heredero que descendiente, esto es diuinatorio, y contra mentem legis: y ay gran diferencia entre la ley antecedente y esta, porque en la antecedente no se impone obligacion al descendiente de conferir sino habla en caso que confiera, y en estotra se impone necessidad de conferir, que es longè distinctum, y por esso el Legislador vsò de la palabra, *herederos*, y en los textos no se presume que ay nada superfluo, ni que vnas palabras se poné por otras, maximê en materias odiosas, como en este caso, en que se manda a el hijo heredero que confiera y pague lo que su padre recibiò, & collatio contra ius, & ex æquitate inducta fuit, & odiosa potiùs sunt restringenda, quam amplianda.

36 Cæterùm esta ley no decide nada expressamente, antes habla en caso que el hijo muriô despues del padre, y el nieto entra a suceder, porque si el hijo premuriera no sucederia, ni vsara la ley desta palabra, y assi habla secūdum ordinem naturalem, quæ est quod pater præmoriatur filio, vt notat en esta mesma ley Flores de Mena in loco supra citato in addit. ad Gam. decis. 33. ibi: *Sed certè illa lex nihil expressè decidit, & solùm videtur loqui de hæredibus illius qui succedit defuncto, de cuius hæreditate agitur, non de mortuo ante, quia tunc nō dicitur succedere, nec de illo agit illa lex.*

37 Y quomodocumque esset, se ha de limitar en este caso, como la limita el mesmo Flores de Mena in loco citato, ibi: *Quam tamen cum Cuma. limitarem nisi nepos nihil consequeretur de illa dote, quia consumpta, vel ex alijs bonis matris, tunc enim ex æquitate etiam si succederet cum patruis, nihil deberet imputare, maximè repudiando hæreditatem matris, imò credo quod etiam de rigore.*

38 En el segundo medio, à num. 21. vsque 24. se buelue a insistir en la representacion, a que se ha respondido bastātemente en la primera conclusion, y assi no nos detendremos, solo se responderà a lo que se dize en el num. 22. vt nepos in hoc casu facit de lucro captando, & patrui de damno vitando: quod ego intelligo à contrario sensu:

porque pretender el nieto no conferir lo que no percibiò, neque ad eum aliquid peruenit, nõ est captare lucrum potiùs vitare damnum, qui aliàs reperiretur sine legitimá, teniendo ascendientes que les deben legitima, conforme a Derecho, patrui verò agunt de lucro captando, & contra æquitatem, quia volunt que el nieto pague lo que no debe, vt conclusit Auendaño in l.40.Taur.glos.17.

39 Nec obstat Antonius Thesaur. adductus in num. 25. qui enim loquitur in casu qui dos peruenit ad nepotem, non verò in præsenti.

40 Nec etiam in num.26. obstat Dom. Gregor. Lopez in l.3.tit.15.qart.6.in glos.6.verbo, *Contar*, porque tambien habla en caso que la dote llegò a poder de el mismo nieto por qualquier titulo que fuesse, refutando la distinccion inter habere dotem vti profectitiam aui, aut aduentitiam titulo hæreditari matris: y esto se ajusta como emos dicho, que es, que quomodocumque nepos habeat dotem tenetur conferre, sed quando non peruenit, vel consumpta fuit, neque ipsa filia, que eam accepit, tenebitur imputare, ex ipso Gregor. Lopez in eodem loco per aduocatum contrarium citato, ibi: *Et quod si dos perijt sine culpa filiæ, quia vir factus inops fortè quia fuit in mari, vel res dotalis chasmate, vel alluuione perijt, Baldus Nouel. in tractat. de dote chart. 9. colum. 2. dicit, quod tunc non imputabitur in legitimam post mortem patris, eum etiam tunc tenetur redotare si possit, vt in Authent. sed quamuis. C. de vxor. actione.* Y la hija solo tendrà obligacion de traer a colacion aquella accion inane contra el marido, etsi aliquando dotem recuperauerit, tendra obligacion de comunicarla, y diuidirla entre sus hermanos; y esto procede bien ex æquitate, & ęqualitate, porque la colacion solo se debe hazer de los bienes prout sunt tempore mortis defuncti, que es quando se debe la legitima: itaque si bona consumpta sunt, aut deteriorata, non fit collatio nisi de de parte quæ constat, y si los bienes dotales tuuieren mas valor del que tenian a el tiempo que se constituyò la dote, & hoc sine industria filiæ, sed ex sola temporis mutatione, esso mas se avrà de conferir, quod benè probatur in dicto loco supra citato in eadem glos.6.

41 Idem enim respondetur ad num.27. & 28. specialiter a

el

el lugar de Angulo en la ley 9.tit.6.lib.5. glos.3. num.2. con otra doctrina del mesmo en la ley 7.glos.1. num. 34. ibi: *Si tamen valor decreuisset, aut etiam datum esset consumptum sine culpa filij, attenderetur tempus mortis, & pro ea parte, aut in totum cessaret obligatio collationis, & nihilominus filius admitteretur ad successionem.*

42 Desde el num.29 hasta el num.36. se pretẽde satisfacer por la otra parte a Pedro Surdo en el consejo 133. y a Molino de ritu nuptiarum, quęst 84. cõstituyendo diferencia entre auer renunciado la hija la herencia de su padre, simpliciter, ò mediãte la dote que recibiò, y que estos Autores hablan in simplici renuntiatione, quæ nepotibus minimê nocet: pero quando huuo recepcion de dote, suponen dictã realem & effectiuam receptionem nocere filiæ, & eius descendentibus ea premortua.

43 Sed hoc est contra mentem, & verba prædictorum, los quales lleuan, que quando el nieto no es heredero del renunciante que premuriò, ei non nocere renuntiationem, siuè receperit filia dotem, siuè non, licèt in tanta quantitate esset, vt integram legitimam cõsequeretur in illa dote cõstituta, y esta es la opiniõ mas cierta y verdadera, dict. Surd. num.20. ibi: *Tamen in hoc casu frequẽtiori calculo receptum est renuntiationem non excludere filio renuntiantis; quia siuè dotem receperit, siuè non, semper renuntiatio annullatur,* dictus Molinus num.13. ibi: *Tamen contraria obtinuit opinio renuntiationem non excludere filios filiæ renuntiantis dote recepta, vel nõ recepta.* Merlino in controuersijs forensibus, cap.11. num.17. ibi: *Et hoc supposito quod hæreditas matris nõ officit quin nepotes possint venire ad successionem aui, ex propria persona videbatur dicendum, quod nec etiam dotem ipsam teneantur imputare in legitimam:* maximê, que lo mismo es no auer recebido dote, que auerla recebido, y hallarse consumida, vt aduertit Gomez in dicta l.22. num. 10. ibi: *Quando filius vel filia quæ renuntiauit cum iuramento, nihil peruenit à patre, vel matre, vel si recepit reperitur consumptũ; & non peruenit ad nepotem eius, vel descendentem.* Y assi no es dudable q̃ a el nieto no le perjudica la renunciacion de el padre quando no es su heredero, y este es caso mas apretado que el de este pleyto, pues no se trata de renunciacion mediante la dote que la hija recibiò:

quia

quia tunc intelligitur filiam iam succeßisse patri suo.

44 Y en el num. 32. y 33. se pondera, que el padre cumple con la obligacion legal en dotar la hija, y que el nieto no puede impugnar esto, pues mediante la dote se celebrò el matrimonio, ex quo procreatus fuit. Todo lo qual no haze para el caso deste pleyto, donde no se trata de dote conferenda, sino de bienes que el padre dio a su hijo casado, y el consumiò en vida, in quo nepos nihil vtilitatis habuit, y el abuelo no cumpliò ninguna obligacion, antes anticipò la legitima intempestiuamente, & nulla cogente necessitate, y en daño de su nieto, & magis subueniendum est ei qui facit actum ex necessitate, quã ei qui ex libera voluntate l. si fideiussor. §. si necessaria. ff. qui satisd. cogan t. itaque auus imputet sibi damnum, non verò nepoti.

45 En el num. 34. y 35. se buelue a insistir en la diferencia de la renunciacion simple, o la que haze la hija mediante la dote que recibiò: a que se ha respondido en los dos numeros antecedentes.

46 En el num. 36. se procura satisfacer la distinccion que haze Robles de representatione en el lib. 2. cap. 16. à num. 103 entre la dote consumida, & stante si cõsumpta est, affirmat nepotes non tenere eam conferre, & à cõtrario si non reperitur consumpta, corrigiendo las leyes que para esto alega, q̃ son la. l. ea demum. 6. C. de collat. l. 2. §. de illis. ff. de collat. bonor. l. 1. §. cum dos. ff. de collat. dot.

47 Ninguno destos textos està corregido ni emẽdado en quanto a la colacion, porque no ay diferencia entre los hijos emancipados, o los que no lo estan, particularmẽte para la colacion de la dote de que hablan los dos textos, vt Acursius notat in glos. l. filiã. C. de collat. verbo, *Iuris*, ibi: *Quia non est differentia inter suam & emãcipatam quoad dotis collationem*. Y la disposicion de los dichos textos està confirmada por la Authentica quod locum habet. C. de collat. por la qual se dispuso, como se ha dicho, que la colacion cesse en los bienes consumidos, & nouiter induxit fauore cæterorum filiorũ, que la hija q̃ recibiò la dote confiera la accion aunque inane contra el marido, para que si en algũ tiempo se recuperare la dicha dote, se comunique y diuida entre los demas hermanos. Y la razon desto es, que como

la

la legitima se debe secundum tempus mortis .l. cum quæritur .C. de inoffi. testam. idem tempus attenditur in æstimatione rei conferendę .l. illud, iuncta glos. verb. *Lucrum*, C. de collat. y esta razon no la ignouò la ley 47. de Toro, y siempre el augmento y diminucion rei dotatæ, es por quenta y riesgo de el padre dotante: quia damni & lucri eadem debet esse ratio .l. cum duobus .§. quidam sagariam, ff. pro socio, & vbi differentiæ ratio reddi non potest, idem ius statuendum est .l. illud .ff. ad leg. Aquil. vt aduertit benè D. Gregor. Lop. in dict. glos. 6. l. 3. tit. 5. part. 6. & Angulo de meliorationib. in .l. 7. nouæ Recopila. glos. 1. nu. 34. Et sic benè faciunt hìc elegantia illa carmina, tâm Poetica, quâm Iuridica.

Commoda qui sentit, sentire incommoda debet:
Namq; aliter fieret, naturæ iniuria legi.

48 En el num. 39. se distingue la dote, del caso deste pleyto, y con razon, porque en la dote y donacion propter nuptias procede con mas rigor la colació, porque como diximos en el num. 14. & 15. pater tenetur dotare filiam .l. qui liberos ff. de ritu nuptiarum .l. obligamur .§. lege .ff. de action. & obligat. & .l. vltim. ff. de dot. promiss. Y assi absq; dubio lleuan todos, que quando el padre entregò a el hijo la legitima en vida, y el la gastò sin culpa ni dolo, nihil conferret, haziendo consequencia para la obligacion de redotar la hija, vt benê probauimus en la segunda Conclusion en el num. & nouiter Cancer. cap. 3. de legitima, num. 33. gloss. in .l. vltim. C. de dotis promissione, Mantica de tacit. & ambig. conuent lib. 6. tit. 20. n. 19. 55. & 56.

49 Et deniq; a todos estos Fundamentos y opiniones añado la de el Licenciado Don Diego de Cuellar, que en mi estimació es de tanta autoridad como todas juntas, el qual auiendo visto el Discurso del Abogado contrario para determinar este punto, lo hizo en fauor de la dicha D. Ana, por los Fundamentos que aqui se han propuesto. Y aunque en quanto a la calidad de las partidas que se supone recibiô el dicho Don Antonio, y en la realidad y certeza del recibo dellas ay mucho que dezir, lo omitiremos por no dilatar mas, y porque pende de Hecho, que se ajustò a la Vista, y ay probanças, a que se darâ la estimació que fuere justo.

50 ESTE agrauio forma Don Sebaſtian Correa de auer traido a colacion, y imputadole en ſu legitima 11U. ducados que gaſtò en traer las Bulas de ciertos Beneficios para el meſmo, porque eſtos gaſtos no ſon conferibles, por conuertirſe en peculio quaſi caſtrenſe, el qual de ſu naturaleza no es conferible, vt docet Conſultus in l. 1. §. nec caſtrenſe. ff. de collatione bonor. argumento text. in l. omnino. §. imputari. C. de inoff. teſta. & Bartol. in dict. §. nec caſtrenſe, & ibi communiter omnes Scribentes.

51 Eſta queſtion no es la que incide en eſte pleyto, nec nihil ſimile habet, porq̃ la verdad del Hecho es, q̃ el Iurado Sebaſtiã Correa eſtando en las Indias embiò a eſta Ciudad 14. barras de Plata, conſignadas a Lope de Villoqui mercader de Plata, de cuyo poder las ſacò D. Sebaſtiã, q̃ eſtaua en eſta Ciudad, y diſpuſo a ſu volũtad del dinero, embiãdo por Bulas de diferentes Beneficios Ecleſiaſticos, y eſto ſe ajuſta, no ſolo por Clauſula del teſtamento que otorgò el dicho Iurado, en que declarò lo referido, y mandò que cõfirieſſe eſta cantidad el dicho Don Sebaſtian, ſino por auer confeſſado el meſmo Don Sebaſtian ſer verdad lo que el dicho ſu padre declarò en ſu teſtamẽto, y que eſtaua llano a conferir los dichos 11U. ducados, de q̃ ſe ha hecho plena probança, en que dixeron por teſtigos el Licenciado Don Diego de Cuellar y ſu eſcriuiẽte: de manera q̃ no eſtamos en la queſtion del. §. nec caſtrẽſe, ni ſe puede preſumir que el padre hizo donacion, pues el meſmo Don Sebaſtiã fue quien gaſtô el dinero en coſas de ſus augmentos, y aſsi no es dudable que debe conferir la dicha cantidad aun quãdo la huuiera conſumido mal, vt notat Hermoſilla in. d. gloſ. 9. l. 3. tit. 4. part. 5.

52 Sed vt nihilominus, licêt ex abundanti defendendum eſt, que aunque el meſmo Iurado huuiera gaſtado por ſu mano los dichos onze mil ducados en expedir las Bulas de los dichos Beneficios, adhùc tiene obligacion de conferirlos el dicho Don Sebaſtiã, y imputarlos en ſu legitima. Primô nam licèt verùm ſit, quod ipſum Beneficium conferri non debet, diuerſa ratio eſt in expenſis factis ad cõſequendum

quendum

quendum eum, quia talis expensæ conferri debent, cum pater faciat negotium filij, & eodem modo, quod pater repete potest impensam, quàm vtiliter fecit in re filij, tenetur filius à conferir eosdem sumptus: argumento textus in l. quæ vtiliter. ff. de negotijs gestis, y esto procede sin duda, quando el Beneficio o Dignidad que el padre alcançò a el hijo, non solùm cohærit personæ, sino tienen comodidad pecuniaria, y se puede vender, o transferir a los herederos, porque en teniendo qualquiera de las tres cosas, debe conferir el hijo, saltim los gastos que el padre hizo ad consequendam Prębẽdam, vel Dignitatem, y assi se limita la doctrina de Bartulo in dict. l. 1. §. nec castrense. ff. de collatione bonor. el qual habla en los gastos que el padre hizo para conseguir Oficio, o Dignidad que no tenga comodidad pecuniaria, ni se pueda vender ni transferir a los herederos, como la Dignidad del Doctorado en que pone el exemplo: pero teniendo la Dignidad qualquiera de las tres cosas, como se ha dicho, idem Bartolus limita su opinion, y lleua quod prædictæ impensæ conferri debẽt, vt ait Merlinus de legitima, lib. 2. tit. 2. quæst. 21. nu. 12. ibi: *Secundus casus est in ea militia, quæ benè est personalis, quia ad hæredes non transit, verùm talis est, vt habeat redditum, & vtilitatem, non propter industriam personæ, sed propter naturam officij, & hæc ad alios in actu inter viuos cedi ac alienari potest: in hoc concludendum est, faciendam esse imputationem in legitimam, sicut etiam collationem in diuisione, & ita in vtroque casu, scribit Bartulus in dict. §. nec castrense, nu. 4. vers. Quædam est militia.* Facit etiam dict. leg. omnino. §. imputari. C. de inoffic. testam. ibi: *Imputari verò filijs, alijsque personis, quæ dudũ ad inofficiosi testamenti quærellam vocabantur in legitimam portionem, & illa volumus, quæ occasione militiæ ex pecunijs mortui iisdem personis acquisita, posse lucrari eas manifestum, vt eo quod talis militia sit, vt vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad eius hæredes perueniat, &c.* Y supuesto que las expensas de que en este pleyto se trata, fueron para que Don Sebastian cõsiguiesse Beneficios redituosos, y que tienen comodidad pecuniaria, y son enagenables, quia resignari possunt, qua ratione no debe conferir estas expẽsas, vt doctissimè notat Ayora de partitionibus, omnino videndus in 2. part. quæst. 18. &

etiam

etiam Aluarus Valaſcus in ſua praxi Partit. cap. 13. à numero 75.

53 Nec benê dicitur, que eſtos gaſtos ſe conuierten en peculio quaſi caſtrenſe, quia eiuſdem naturæ ſunt los que el padre haze para conſtituyr a el hijo Patrimonio, a cuyo titulo pueda obtener la Dignidad del Sacerdocio, y ordenarſe, quod quidem patrimonium alienari non poteſt, ex diſpoſitione Concilij Tridentin. ſeſs. 21. c. 2. de reformat. & attamen eſtà obligado a conferir eſtos gaſtos el hijo ſi quiere heredar a el padre, vt communiter docent dict. Merlinus de legitima, lib. 2 quæſt. 23. num. 1. Auendaño reſponſo 17. num. 5. Dom. Couarr. in cap Reynuncius. §. 2. num. 7. Morquecho de diuiſione bonor. lib. 4. cap. 13. nu 9. Ayora dict. 2. part. quęſt. 13. à num. 13. Gutierr. libro. 2. practicar. quæſt. 65. Angulo de meliorat. gloſ. 3 leg. 9. ex num. 23. vſque ad 25. Valaſco vbi ſupra, num. 77. cum ſequentibus.

54 Y aunque regularmente lleuan algunos, que todos eſtos gaſtos, y los que el padre haze en comprar libros filio ſcholari, y otros ſemejantes, no ſon conferibles, y ſe reputan por peculio quaſi caſtrenſe. Eſta regla padece dos limitaciones. La primera, quando la cantidad q̃ el padre gaſtò con el hijo fue grande, de tal manera, que ſino ſe confiriera reſultaria deſigualdad conſiderable entre los otros hermanos: aduertit ita Dom. Gregor. Lopez in gloſ. 5 l 5. tit. 15. part. 6. el qual auiendo lleuado que los libros no los debe conferir el hijo, porque ſe reputa peculio quaſi caſtrenſe: limita eſto quando los gaſtos que el padre hizo en ellos fueron cõſiderables, y reſultâra de no conferirlos deſigualdad entre los hermanos, Matienço qui eãdem opinionem ſequitur in l. 3. gloſ. 2. tit. 8. lib. 5. Recopil. numero 6 ibi: *Quando reſultaret magna inæqualitas inter fratres.* Merlinus de legitima dict. lib. 2. tit. 2. quæſtione 23. numero 9. in fine, ibi: *Multum tamen eſſet attendenda, quando inter fratres emergeret magna inæqualitas ſi non imputaretur, vel conferretur, &c.* l. 4. tit. 15. p. 6. ibi: *Pero ſi el padre fizieſſe tan gran donaciõ al vno de ſus hijos, que los otros ſus hermanos non pudieſſen auer la ſu parte legitima, en lo al que fincaſſe, dezimos, que entonce deben menguar tanto de la donacion, faſta que puedan ſer entregados los hermanos*

de

de la su parte legitima, que deben auer. Ayora de partit. 2 part. quæst. 17. num. 39.

55 La segunda limitacion, es, quando stant aliquæ coniecturæ, de que el padre quiso imputar la donacion a el hijo en su legitima, aut expressè declarauit, quia cũ principalis regula collationis voluntas patris sit, hæc sola debet attẽdi l. filiam. C. de collationib. Merlinus vbi supra, num. 9. hablando en caso que el hijo tiene obligacion de conferir la donacion, ibi: *Vel aliquæ coniecturæ extarent in contrarium, hæc enim declaratio firmior est quã quæ ex assignãtione deducitur.* Ayora de partit. 2. part. quæst. 17. qui idem tenet in casu quo aliquid soluit pater pro condemnatione filij, ibi: *Pero si fuere en mucha cantidad, ò el padre protestare que no la dâ con intencion de darselo graciosamente, sino de contarselo en su legitima a su hijo, o pareciesse por algunos indicios, que se lo quiso contar, y dar para en quenta de su legitima, como si se lo ouiesse assentado en el libro a su quenta, o en otra manera, aunque no tenga en administraciõ bienes del hijo, en tal caso serà obligado el hijo a tomarlo en quenta de su legitima, y no por mejoria.* l. quæ pater filio ff. famil. erciscundæ, Antonius Gomez in. l. 29. Taur. num. 16. ibi: *Secũdo limita, & intellige præterquàm si pater, mater, vel ascendens, tẽpore quo cõmittabat filio pecunias, vel expensas in studio, vel pro alia causa, & dignitate consequenda, protestatus est, quod mittebat, & erogabat, animo computandi, vel aliâs per aliquam coniecturã hoc possit constare, vt quia scribebat in libro rationum, vel interueniat alia similis cõiectura, quia tunc apertè videtur habere animũ computandi, & repetendi.*

56 Y esto procede con menos duda por la ley 26. de Toro, quæ disponit, que las donaciones que el padre hiziere a el hijo, las confiera en el tercio y quinto por via de mejora, si pater nihil prǽsit: ergo si de voluntate parentis appareat in contrarium, hoc est, que el hijo compute la donaciõ en su legitima, la voluntad del padre se debe executar, prout in nostro casu, en que el padre expressamente mandò, que Don Sebastian confiera lo que recibiò, y lo impute en su legitima. Y aunque algunos Doctores lleuan, que es necessario que el padre proteste su voluntad a el tiempo de la donacion, por la ley illud. C. de donat. hoc, distinctione in-

 diget,

diget quia aut donatio est ob causam, & tunc absq; dubio imputatur in legitimam, aut est simplex, & hæc statim nõ valet, sed confirmatur morte patris donantis, tunc podrâ el padre declarar su voluntad hasta el dia de la muerte, vt benè aduertit Antonius Gomez in dict. l. 29. num. 27. que auiẽdo dicho a el principio del numero, que el padre debe protestar, y declarar su voluntad a el tiempo de la donacion: limita esto al fin del numero en las donaciones simples, quæ statim non valent, sed confirmantur tempore mortis donantis, ibi: *Si verò ista donatio simplex fiat, à patre filio in potestate, quando statim non valet, sed morte venit confirmanda, poterit pater quocumque tempore vsque ad mortem dicere, & protestare, vt conferatur.*

57 Magis tamen vrget la ley 29. de Toro, en que generalmente se dispone, que los hijos confieran y imputen en su legitima las donaciones que sus padres les hizieron. Y aũque esta ley parece que està antinomiada con la ley 26. de Toro, que dize, q̃ las donaciones se confieran tan solamẽte en el tercio y quinto por via de mejora aunque el padre no lo diga, los Expositores entiẽden esta ley 26. en las donaciones simples, y la l. 29. en las donaciones ob causam, quæ in legitimam conferuntur. Demanera que por Derecho deste Reyno, qualquiera donaciõ que el padre haga a el hijo, la debe conferir, o en el tercio y quinto por via de mejora si es simple, y el padre no dixo otra cosa, porque entõces la voluntad de el padre se ha de executar cõforme a la dicha ley 26. ô la cantidad de la donacion fue grande, de forma que resultaria desigualdad considerable entre los hermanos sino la confiriera en la legitima el hijo que entonces la debe cõferir, iuxta leg. part. supra citatam: si verò la donaciõ fue ob causam absque dubio, confertur, & imputatur in legitima por la ley 29.

58 Ex quibus omnibus benè deducitur, que Don Sebastian Correa debe conferir los dichos 11U. Pesos. Primò, porque el dicho Don Sebastian fue quien los gastô en expedir las Bulas de sus Beneficios a su voluntad, y en otras cosas de sus augmentos: demanera que el Iurado Sebastian Correa no gastò nada, y asi no se puede presumir donacion, conforme a la ley 26. de Toro. Secundò, quia licêt, pater consumpsisset

ſumpſiſſet, tenetur filius conferre Porque los gaſtos que el padre haze ad obtinendam dignitatem filio, quæ habet commoditatem pecuniariam, conferri debent, iuxta doctrinas citatas. Tertiò, porque prędicti, ſumptus fuerũt valdè magni, etſi filius non adduceret ad collationem, magna reſultaret inæqualitas inter fratres, quo caſu collatio fieri debet, & non pręſumitur quod pater fecit donationem. Y Craueta con Paulo de Caſtro en el conſ. 86. num. 3. lleua, que quando los gaſtos que el padre haze ſon grandes, non præſumuntur donati, aun en terminos de donacion ſimple, ibi: *Imo etiam aſcendens non cenſetur expendere pro deſcendẽte animo donandi, quando ad talem expenſam non tenetur.* Quartò, quia pater iuſsit, que el dicho Don Sebaſtian confiera eſtos gaſtos, y el meſmo ſe allanò a conferirlos: y conforme a la ley 26. de Toro, la voluntad del padre ſe ha de executar, que es la regla para la colacion, ſi ſe debe hazer ò no, Authent. ex teſtament. C. de collat. Poſtremò & vltimò, quia quando no huuiera declarado ſu voluntad el dicho Iurado, auia de conferir los dichos gaſtos Don Sebaſtian, por la ley 29. porque fue donacion ob cauſam.

59 Y aunque ay variedad de opiniones para ajuſtar qual ſea donacion ob cauſam, o ſimple, procuraremos ajuſtar la verdad juridica breuemente, porque algunos dixeron, que ſolo es donacion ob cauſam aquella ad quam poterat compelli pater, vt aduertit Gratian. tom. 1. diſcept. 159. n. 34. Paulus in l. vt liberis, num. 10. C. de collat. Couarr. in dict. cap. Raynal. d. §. 2. nu. 7. & alij relati à Gutierr. lib. 2. practicar. q. 65. n. 2.

60 Pero la opinion mas verdadera es, la de los que juzgan que no es preciſo que la cauſa ſea abſolutamente neceſſaria, para que la donacion ſe pueda dezir ob cauſam, y que baſta que proceda de neceſsidad cauſatiua. Verbi gratia, quando donatur vt filius militiam, ſeu alium officium, vel dignitatem obtineat, velut ſacros ordines ſuſcipiat, quod non cõſequeretur abſq; eo quod pater donauit. Y eſta cauſa que procede de la neceſsidad del hijo, es ſuficiente para que la donacion ſe pueda dezir ob cauſam, & ita eleganter tenet Gutierr. lib. 2. practicar. quæſt. 65. num. 6. ibi: *Nam primò reſpondeo nõ eſſe neceſſariũ, vt ex neceſsitate præciſa à*

patre

patre proficiſcatur donatio ob cauſam, vt in legitimam imputanda ſit, nam imputatur etiam ſi donatio ob cauſam ex neceſſitate tantũ cauſatiua procedat, vt probat dictus. § imputari, vbi quod pater filio ad militiam, vel officium emendum ſubminiſtrauit, nullo iure cogebatur præciſè dare, ſed neceſſitate tantùm cauſatiua ad id impellebatur, quia aliter filius non poſſet, vel nõ facilè eam militiam, vel officium adipiſci, &c. Parladorius qui multis relatis idẽ tenet differentia 150. §. 3. & in num. 10. exemplifica eſta concluſion en la Milicia, o Oficio que el padre le compiò a el hijo, ex quo ſequitur illi præter honorem commodum pecuniarium: porque todas las vezes que el padre dona a el hijo motus affectione naturali, vt ſacros Ordine ſuſcipiat, velut vt militiam conſequatur, aut pinguiorem dotem, aut vxorem honorabiliorem, donatio dicitur ob cauſam, vtpotè naturali ratione munita, & non ex mera liberalitate, quæ requiritur ad hoc, vt donatio ſit ſimplex: docet ita eleganter Roland. 4. part. conſ. 70. numero 14. ibi: *Neque obſtat notata per Crauetam cõſ. 85. qui reſpondetur præſuppoſitum ſuum falſum eſſe, dum inquit donationem ob cauſam tãtum dici, quando quis ex neceſſitate legis cogitur ad illam faciendum: aliâs ſecus quoniam etiam donatio facta filio cõtemplatione matrimonij, dicitur ob cauſam cum procedat ex quodam ſtimulo paterno, & affectione naturali, vt filius vxorem honorabiliorem inueniat, & pinguiorẽ conſequatur, & non ex mera, & ſimplici liberalitate, vt per Picum Berengarium, & alios ſupra citatos: & ideò nimirum ſi ipſa donatio ita conferatur, ſicut aliæ ob cauſam, vt eſt donatio cauſa mortis, & propter nuptias, Beroius in conſ. 53. num. 20. volum. 2. & in conſ. ſequenti in principio. Nam maximus ſtimulus eſt naturalis, & affectio naturalis, qui quandoq; compellit, & cogit patres ad faciendum, quod aliàs non facerent: nam hæc cauſa videtur quandam quaſi fraternitatem habere cum dote, & donationes propter nuptias.*

61 Facit vltimò, nam ſi donatio ob caſum eſſet ſola illa ad quam faciendam pater iuris vinculo teneretur, ſiguieraſe que no tuuiera lugar la diſpoſicion de la ley 29. de Toro en otro caſo que en la dote, y eſſo auiendola cõſtituydo el padre: nam ſolus pater tenetur filius dotare. l. fin. C. de dot. promiſ. & non verſaretur eius diſpoſitio, quando la madre y los demas aſcendientes dotaron, cum mater, neq;

alij

alij ascendentes teneantur dotare præter patrem. l. neque mater. C. de iure dot. siendo asi, que la ley dispone lo contrario, no solo en las dotes y donaciones propter nuptias, sino en las demas donaciones, ibi: *La dote y la donació propter nuptias, e las otras donaciones*, y asi fuera superflua esta ley, la qual absq; dubio verificatur in prædictis donationibus, maximè en la del caso deste pleyto, ad quam conferandam tenetur D. Sebastian.

TERCERO AGRAVIO.

62 EL tercero agrauio expressa el Veinte y quatro Dõ Luis Correa, de auer imputado en su legitima lo q̃ gastò su padre en recebirle por Veinte y quatro.

63 Para este punto, vtrùm los gastos que el padre hizo en adquirirle a el hijo la Dignidad, ò el Oficio de Senador, téga obligació de conferirlos: se tocan las mesmas questiones que en el agrauio antecedente, y asi por los mesmos fundamentos queda satisfecho este agrauio, y fundado, q̃ el dicho D. Luis tiene abligació de conferir los dichos gastos: y es de aduertir, q̃ cócurren en este agrauio las mesmas calidades y limitaciones q̃ ponderamos en el antecedéte: porque los gastos que hizo el Iurado en el recebimiéto de Veinte y quatro fueron muy considerables, y mandò por clausula de su testamento, que los confiriesse, y imputasse en su legitima el dicho D. Luis, el qual se allanò a hazerlo asi en el juyzio de partició: y confessò ser cierto quanto declarò el dicho Iurado su padre en el testamento.

64 Y tambien concurre el que el Oficio de Veinte y quatro præter honoré, quæ cohæret personæ, habet commodum pecuniarium, & Senatus habet Decurionibus plures diputationes, lucri, & commodi pecuniarij, & quod magis est, sors qui vni Decurioni obtigit procuratoris Curiæ, q̃ es de tanto lustre y interes, y en terminos de Decurió, y gastos q̃ el padre haze a el hijo ad obtenendum Officium Decurionis, vel Militiam, quæ sit commodi pecuniarij, lleuã todos que los debe cóferir el hijo por la. l. omnimodo, dict. §. imputari. C de inoffi. testam, Anton. Gomez in l. 29. Taur. num. 21. Merlin. de legitima, dicto lib. 2. tit. 2. quæst. 21. num. 12. Antonius Pichardus lib. 4. tit. de collat. bonor. art. 3. num. 48. & multi alij quos ibi congessit.

Ex quibus omnibus efficitur indubitabilis prędicta cōclusio.

Agrauios que expressa D. Ana Maria.

65 POR parte de la dicha D. Ana se expressan otros agrauios, en q̃ procederemos con suma breuedad, porque todos consisten en Hecho, que se ajustô a la Vista.

66 El primero agrauio es, no auerse puesto por cuerpo de hazienda los corridos de los Iuros que se debian hasta el dia de la muerte del Iurado, que fue vn tercio q̃ cobrô Don Luys Correa en nombre de su madre, de que ay certificaciones presentadas por parte de Doña Ana Maria.

67 Segundo, es auerse puesto por hazienda la Heredad en mas de 176U. reales que vale, conforme a el testamento y y probança que sobre su valor se ha hechô.

68 Tercero, es no auer puesto por hazienda 21 U. reales por 3U500 arrobas de vino del año de 645. y 1U500. de vino anejo q̃ declarô tener el dicho Iurado en su testamēto enel inuētario de bienes q̃ enel hizo. Y aunq̃ se ha querido probar por las otras partes q̃ el dicho vino se distribuyô, parte en vida del dicho Iurado, remitiēdoselo a Madrid, parte en pagar a el Capataz, parte en beneficiar la dicha Heredad, y parte en 50. pipas q̃ se cargarō a Indias. Esto nô se ha probado, y se conuēce conq̃ quando el dicho Iuradô declarò que tenia el dicho vino, dixo que dexaua beneficiada la Heredad, y agora se haze probança de q̃ se consumiô parte del vino en el dicho beneficio, y assi solo se allana la dicha D. Ana en las 50. pipas. Demas de que en el inuentario que hizo despues de la muerte del dicho Iuradô la dicha Doña Feliciana, inuentariò todo el vino, porque aprobô el inuentario que el dicho Iurado hizo en su testamento, y ha sido Administradora de todos los bienes.

69 Quarto, es no auer puesto por hazienda mas de 300. arcos de hierro, siendo asi, que quedaron mil, conforme al dicho testamento.

70 Quinto, es auer puesto las 50. pipas que quedaron en la Heredad en 200. ducados, valiendo cinco ducados cada vna, conforme al testamento.

71 Sexto, auer rateado la deuda del Veinte y quatro Don Francisco Auila, siendo asi, que tiene en prendas vna Tapiceria,

piceria, q̃ para en poder de D. Feliciana. Allanase la parte de Doña Ana a tomar enteramente la dita, dandole la Colgadura, o sino que se le adjudique toda a D. Feliciana.

72 Septimo, no auerle cargado a la dicha D. Feliciana reditos del dinero en contado que para en su poder desde el dia de la muerte del Iurado, principalmente siendo menor la dicha D. Ana, y su Tutora D. Feliciana, y Administradora de todos los bienes. Y con especialidad se forma este agrauio, de no auerle dado reditos à la dicha D. Ana del dinero en contado que se le adjudicò en D. Feliciana desde el dia de la muerte del Iurado su abuelo, sino desde el dia de la aprobacion de la particion. Y esto se funda en dos razones. La primera, que los bienes rayzes que se le adjudicarõ a D. Ana, fueron con el goze desde la muerte de su abuelo, y assi desde esse mesmo dia se le hã de dar los reditos del dinero q̃ se le adjudica, pues milita la mesma causa en vno q̃ en otro, & vbi differẽtiæ ratio reddi nõ potest, idẽ ius statuendũ est.

73 La segunda razon es, q̃ la causa porque se hizo deudora a la dicha D. Feliciana, fue porque despues de auer rateado todos los bienes y dinero entre los participes, se le adjudicò el Oficio de Escriuano de la Iusticia, cõ el goze desde la muerte del Iurado, y assi los reditos son correspectiuos, supuesto que se le adjudicaron bienes redituosos.

74 Octauo agrauio es, no auer puesto por mas hazienda 80 U. y tantos reales que quedarõ en Bernardo de Valdes, y Iuan de Olarte Mercaderes de Plata. Ajustase esto con el inuentario que hizo en su testamento el Iurado, y con el que despues hizo D. Feliciana, en que lo aprobò.

75 Nono, auer cõprehẽdido el Cauallo q̃ quedò por bienes del Iurado en el legado que hizo de los bienes muebles a la dicha D. Feliciana, quia legata angustã recipiunt significatiõnẽ, & quod minimũ esse sequitur l. si nũmis. ff. de leg. 3.

76 Dezimo, no auer puesto por hazienda el Coche q̃ embiò de Madrid el Iurado, que vale 600. ducados, porq̃ aunq̃ en el testamento legô el Coche a D. Feliciana, fue el q̃ entonces tenia en Seuilla, no el q̃ auia de tener, pues no se pudo comprehender en el legado. Ajustase por declaraciõ de D. Feliciana q̃ ay dos Coches: vno q̃ le legò en el testamento: y otro que despues hizo en Madrid quando fue por Procurador de Cortes: & testator minus præsumitur voluisse

grauare

grauare hæredẽ quã fieri posſit. l. idem Iulianus. §. ſuo. ff. de leg. 1. l. vnum ex familia. §. ſi rem tuam. l. ſi ita relictũ fuerit, eodem titulo.

77 Onze, auerle abonado a la dicha D. Feliciana 300. ducados por el lecho quotidiano, porq̃ como ſe ha dicho, el dicho Iurado le legò todos los bienes muebles, Plata labrada, Oro, y Ioyas, conque no lleuaſſe ni pretẽdieſſe mas q̃ la dote, y mitad de multiplicado: cõ lo qual auiẽdo acetado el legado, à de guardar las calidades del, aut repudiet legatũ.

78 Doze, auer ſacado por deuda los corridos de dos tributos q̃ eſtàn ſobre el Oficio, auiendoſelo adjudicado a la dicha D. Feliciana deſde el dia de la muerte del Iurado: itaq; deſde eſſe meſmo dia deben correr por ſu quenta las cargas.

79 Treze, auer bajado por perpetuos los tributos que eſtã ſobre la Heredad ſiẽdo redimibles, cõforme al teſtamẽto, y no conſtando lo contrario.

80 Catorze, no auer pueſto por hazienda 1U500. reales q̃ debia el Iurado Eſquibel, y los cobrò Doña Feliciana, y dio poder para que ſe cobraſſen, que es lo meſmo.

Articulos reſeruados para Difinitiua.

81 DOS Articulos ſe han intentado por parte de D. Ana, que ambos ſe reſeruaron para Difinitiua.

82 El vno, que ſe deſpache mandamiento, para q̃ la dicha D. Feliciana pague a la dicha D. Ana los corridos q̃ ha cobrado, conforme a las certificaciones q̃ ſe han preſentado del Iuro de Salinas, y el Conſulado, q̃ le eſtan adjudicados a la dicha D. Ana, con el goze deſde el dia de la muerte del Iurado, i le eſtã entregados los principales de los Iuros, cõ el goze deſde el dicho dia, de cõſentimiẽto de las otras partes.

83 En eſte Articulo ſe allanarõ a la Viſta, conq̃ pague los alimentos D. Ana, y a eſto ſe allana, conque dè vn memorial jurado la dicha D. Feliciana de las partidas, y gaſtos q̃ hizo en los dichos alimentos.

48 El otro Articulo es, q̃ ſe le entregue el dinero en cõtado a la dicha D. Ana con vna fiança, de que le pertenecerà, ò ſe depoſite, porque mediante eſto ſe dilata eſte pleito, y ſe interponen muchas dilaciones.

85 In quibus omnibus ſperamus ſe determine en nueſtro fauor. Salvo, &c.

Lic. D. Carlos de Mendoça.